

A Responsabilidade do Incorporador/Construtor no Código do Consumidor

SERGIO CAVALIERI FILHO

*Desembargador do TJ/RJ e Professor da Universidade
Estácio de Sá*

1. Incidência do Código do Consumidor na Incorporação e Construção - Sem dúvida, os últimos dois acontecimentos mais marcantes no mercado de consumo brasileiro ocorreram na área imobiliária. Não faz muito, uma empresa construtora de porte nacional revelou-se insolvente, paralisando centenas de construções em todo o país. Algumas nem foram iniciadas, embora já estivessem vendidas todas as unidades; outras ficaram inacabadas, só no esqueleto; outras, ainda, não obstante terminadas, os prédios e terrenos continuam hipotecados aos agentes financeiros, apesar de já terem os compradores quitado o preço dos seus respectivos apartamentos. Dessa forma, 42 mil famílias tiveram frustrados os sonhos de casa própria e suas economias literalmente surrupiadas.

Tempos atrás, um prédio de 22 andares, ainda não terminado mas já completamente habitado, desmoronou em plena madrugada em um dos bairros residenciais mais nobres do Rio de Janeiro. Além de várias vítimas fatais, que ficaram soterradas por vários dias até que o restante do prédio fosse implodido, o acidente deixou dezenas de famílias ao relento. Antes, famílias bem alojadas e de situação econômica estável; agora, por terem perdido tudo que tinham, não têm onde alojar seus filhos e nem o que vestir.

É possível que isso aconteça às vésperas de um novo milênio? O que é possível fazer? Aplica-se aqui o Código do Consumidor? Há quem sustente que não, mas, *data venia*, com argumentos de mera conveniência. Não há como negar que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços à luz dos conceitos claros e objetivos constantes do artigo 3º do CDC. Quando ele vende e constrói unidades imobiliárias, assume uma *obrigação de dar* coisa certa, e isso é da essência do conceito de produto; quando contrata a construção dessa unidade, quer por empreitada quer por

administração, assume uma obrigação de fazer, o que se ajusta ao conceito de serviço. E sendo essa obrigação assumida com alguém que se posiciona no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade imobiliária como destinatário final, para fazer dela a sua moradia e da sua família, está formada a relação de consumo que torna impositiva a aplicação do Código do Consumidor porque as suas normas são de ordem pública. Havendo circulação de produtos ou serviços entre fornecedor e consumidor, teremos relação de consumo necessariamente regulada pelo Código do Consumidor.

Se não bastasse, o artigo 12 do CDC refere-se expressamente ao *construtor*, e o artigo 53, ao vedar a cláusula de decaimento - perda total das prestações - menciona os contratos de compra e venda de imóveis, tudo a revelar o claro propósito de legislador de submeter a incorporação/construção à disciplina do Código do Consumidor por se tratar de um dos segmentos mais estratégicos e nevralgicos do mercado de consumo. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Ministro Ruy Rosa-do, sem dúvida o maior escudeiro do Código do Consumidor naquela Alta Corte, já se pronunciou sobre o tema, firmando o seguinte entendimento:

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. Contrato. Cláusula Abusiva.

O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei nº 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva... (4ª Tum., Resp. 80.036).

E na verdade assim é. O Código do Consumidor, como observa a douta Professora Cláudia Lima Marques, embora não discipline nenhum contrato especificamente, aplica-se a todos os tipos de contratos que geram relações de consumo. Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do direito - público ou privado, material ou processual - onde ocorrerem relações de consumo. Usando de uma figura, costumo dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do direito, colorindo-as com as suas tintas. Dessa forma, os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e princípios que lhe são próprios, mas, sempre que gerarem relações de consumo, ficam

também sujeitos à disciplina do CDC. E é isso que ocorre também com a incorporação/construção.

2. Incidência do Código do Consumidor na Fase Pré-contratual da Incorporação - Sabemos todos que o Código do Consumidor não se limitou a disciplinar as relações contratuais de consumo. A proteção do consumidor tem início na fase pré-contratual, quando ainda existe apenas uma expectativa de consumo, e se estende até a fase posterior à execução do contrato. Sendo assim, o Código do Consumidor incide na fase pré-contratual da incorporação, disciplinando a oferta e a publicidade feita pelo incorporador ou o seu promotor de vendas. Exige que a oferta ou apresentação de seus produtos e serviços assegurem informações claras, corretas e precisas sobre suas características, qualidade e preço (arts. 30 e 31); veda expressamente a publicidade enganosa ou abusiva por força dos princípios da transparência e da boa-fé, pontos cardiais do Código do Consumidor. Anúncios de apartamentos à venda de frente para a praia, quando não se consegue enxergá-la nem de binóculo, ou, então, há cinco minutos do mar, quando esses cinco minutos são de helicóptero, configuram publicidade enganosa, pois frustram a legítima expectativa criada no consumidor pela oferta do incorporador, mas que não corresponde à realidade. A Justiça, corretamente, tem reputado a publicidade enganosa como causa de rescisão do pré-contrato imobiliário, com a condenação do vendedor em perdas e danos, principalmente por danos morais pela frustração, engano e humilhação impostos ao consumidor, como se vê deste aresto da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Ap. Civ. nº 2.328/97, da qual foi relator o eminente Des. Nilson de Castro Dião:

CÓDIGO DO CONSUMIDOR. Compra e venda de imóveis mediante financiamento. Propaganda enganosa do agente promotor. Se o agente promotor da venda de empreendimento imobiliário faz propaganda na qual menciona que as prestações serão módicas, e não esclarece que haverá reajustamento, pratica propaganda enganosa. E se na proposta assinada pela interessada no negócio, consta que a renda familiar é de uma determinada quantia, o que é reiterado no termo de compromisso e, nada fica dito sobre a possibilidade de que, no ato da escritura de financiamento, poderia ser exigida quantia superior, reitera-se a prática enganosa, mormente quando o empreendimento

é destinado a pessoas humildes, com poucos recursos. Assim, se a interessada não conseguiu assinar o contrato de financiamento, porque não tinha condições de comprovar possuir renda mínima muito maior do que, inicialmente, lhe fora exigido, é de se rescindir o contrato preliminar, com a devolução das quantias pagas, e com a condenação por danos morais, pelo vexame sofrido.

3. Incidência do Código do Consumidor na Fase Contratual da Incorporação - Na fase contratual aplica-se o Código do Consumidor à atividade do incorporador/construtor na parte em que veda práticas e cláusulas abusivas (arts. 39, V, X, XI, XII, 51 e 53). Com efeito, rompendo com a clássica noção de contrato, o Código do Consumidor consagrou a concepção social do contrato, na qual o elemento nuclear não é mais a autonomia da vontade, mas sim o interesse social. A eficácia jurídica do contrato não depende apenas da manifestação de vontade mas também, e principalmente, dos seus efeitos sociais e das condições econômicas e sociais das partes que dele participam. O Estado passa a intervir na formação dos contratos de consumo, não só controlando preços, mas também vedando certas cláusulas, impondo o conteúdo de outras e até obrigando a contratar em determinados casos. A autonomia da vontade só existe nas condições permitidas pela lei que, na concepção social do contrato, não tem mais mero papel interpretativo ou supletivo, mas cogente; protege determinados interesses sociais e serve de instrumento limitador da autonomia da vontade.

Em face dessa nova concepção contratual, são reputadas abusivas, entre outras, cláusulas que estabelecem reajustes aleatórios nos contratos de compra e venda de imóveis, ou com base em índices a serem escolhidos pelo incorporador; prazo impreciso para a entrega da obra ou a sua prorrogação injustificável; a perda total das prestações pagas em favor do credor que, em razão do inadimplemento do consumidor, pleitear a rescisão do contrato e a retomada do imóvel (CDC artigo 53). Quanto a esta última, conhecida como cláusula de decaimento, não é demais lembrar que a sua aplicação exigirá sempre uma boa dose de bom-senso do julgador. Se é verdade que o incorporador deve devolver as parcelas já pagas pelo consumidor inadimplente para que não se configure o enriquecimento sem causa do primeiro, é também verdade que a compra e venda de imóveis acarreta inevitáveis despesas para o vendedor, que devem ser compensadas no caso de rescisão do contrato, aí incluídos os gastos com corretagem, publicidade, a justa remuneração

pelo tempo que o comprador ocupou o imóvel e a quantia necessária para a sua eventual reforma. Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, como se vê do seguinte aresto:

Compromisso de Compra e Venda de Imóvel. Perda de Parte das Prestações Pagas. Código de Defesa do Consumidor.

A regra contida no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor impede a aplicação de cláusula contida em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que prevê a perda total das prestações já pagas, mas não desautoriza a retenção de um certo percentual que, pelas peculiaridades da espécie, fica estipulado em 10% (Resp. 85.182, RSTJ 99/273).

4. Responsabilidade pela Segurança da Obra - Impõe-se agora ressaltar que a responsabilidade do incorporador/construtor não termina com a execução do contrato e a entrega da obra; pelo contrário, é aí que se inicia a parte mais relevante e grave da sua responsabilidade. É o que poderíamos chamar de *responsabilidade pela segurança e qualidade da obra*, à qual se aplica também, e principalmente, a disciplina do Código do Consumidor.

Desde a vigência do Código Civil essa responsabilidade do construtor vem sendo disciplinada pelo seu artigo 1.245. Cuida-se de dispositivo que, em razão de sua colocação no Código Civil, a rigor só poderia ser aplicado nas construções por empreitada, mesmo assim em relação aos defeitos de grande monta, que comprometessem a solidez e a segurança do prédio. Doutrina e jurisprudência, todavia, em face da realidade social - a indústria da construção civil - acabaram por dar a esse artigo uma inteligência construtiva e extensiva, fazendo-o abranger a responsabilidade do construtor em geral e por defeitos de qualquer natureza - graves ou não. Passaram também a entender que o prazo de cinco anos nele previsto é de garantia e não prescricional, de sorte que a ação pode ser ajuizada em vinte anos desde que o defeito tenha ocorrido no prazo de garantia. Nesse sentido, não faz muito, o Superior Tribunal de Justiça solidificou a sua jurisprudência ao formular a súmula 194, cujo enunciado diz o seguinte: “Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra.”

O que me parece curioso é que o artigo 1.245 do Código Civil continua sendo invocado nos Tribunais mesmo depois da vigência do CDC que tem,

data venia, uma disciplina muito mais avançada, abrangente e eficiente para o consumidor. Com efeito, tal como no artigo 1.245 do Código Civil, é também objetiva a responsabilidade estabelecida no CDC para todo e qualquer acidente de consumo, quer se trate de fato do produto quer do serviço. Só que essa responsabilidade tem agora como fato gerador o *defeito* do produto ou serviço, conforme texto expresso dos artigos 12 e 14 do CDC. Trata-se de uma garantia de que o produto ou serviço será fornecido sem defeito. O fornecedor responde pelo acidente de consumo porque lançou no mercado um produto ou serviço com defeito. De regra, os defeitos da construção serão de concepção - projeto, cálculos - ou de construção - fundações, concretagem etc., - comprometendo a estrutura da obra. Ocorrido o acidente, não importa se o construtor tinha ou não conhecimento desse defeito, nem se o defeito era previsível ou evitável. E mais, o defeito é presumido porque o Código diz que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade *se provar* - ônus seu - que o defeito não existiu (artigo 12, § 3º, II). Ora, se o fornecedor é que tem que provar a inexistência do defeito, logo ele é presumido até prova em contrário.

Vê-se, assim, que enquanto pelo Código Civil (artigo 1.245) a vítima é que tem que provar o defeito da obra e suas conseqüências, pelo Código do Consumidor o defeito é presumido, o que em muito favorece a posição do consumidor. Ocorrendo o acidente, o consumidor terá apenas que provar o dano e nexo causal. Tem ainda o CDC a vantagem de permitir ao juiz desconsiderar a pessoa jurídica em favor do consumidor para responsabilizar também os dirigentes da empresa incorporadora, consoante artigo 28 do CDC. Em tempos de crise de moralidade que atravessamos, é comum encontrarmos empresas pobres e empresários riquíssimos. Entendo ser possível levantar o véu da pessoa jurídica sempre que ficar constatado que o patrimônio da empresa não é compatível com o vulto do empreendimento realizado, mormente quando envolve captação de poupança do consumidor.

Poderíamos ainda cogitar de outros benefícios do CDC, como a ação coletiva em favor de todas as vítimas, antecipação parcial de tutela para cobrir despesas com habitação durante a ação, inversão do ônus da prova, solidariedade de todos os responsáveis (arts. 7, parágrafo único e 25, § 1º) etc. Alguém poderia argumentar que pelo Código do Consumidor o prazo prescricional é menor - apenas cinco anos (artigo 27) - enquanto que pelo Código Civil é de vinte anos. Lembraria, entretanto, que também nesse ponto não haveria desvantagem para o consumidor pelos seguintes

motivos: pelo Código Civil a vítima tem vinte anos para ajuizar a ação de indenização, mas é preciso que o defeito da obra tenha se manifestado no prazo de garantia de cinco anos; pelo CDC, o prazo prescricional é realmente de cinco anos mas só começa a fluir a partir da ocorrência do acidente de consumo, nada importando que esse acidente tenha ocorrido durante ou depois dos cinco anos previstos no Código Civil. Em outras palavras, o prazo de garantia ou de segurança pelo CDC não é mais de apenas cinco anos, mas sim por todo o *período de durabilidade* razoável da obra. A qualquer tempo que o acidente ocorrer responde o incorporador, só afastando a sua responsabilidade se provar que a obra não tinha defeito, ou seja, que o acidente decorreu do tempo e do desgaste natural da obra por falta de conservação.

Lembraria, por último, que o artigo 7º do CDC ressaltou, expressamente, outros direitos do consumidor consagrados na legislação comum, de sorte que nada o impede de invocar a prescrição vintenária nos termos e condições previstos no artigo 1.245 do Código Civil.

5. Responsabilidade pela Qualidade da Obra - Felizmente, não é sempre que o prédio desaba, como acabamos de assistir consternados. O principal foco de litígio entre o construtor e o consumidor são os *vícios de qualidade* decorrentes da baixa qualidade dos materiais empregados e a má técnica utilizada. No momento da entrega, a obra está aparentemente perfeita; tempos depois começam a aparecer infiltrações, vazamentos, rachaduras, defeitos nas instalações hidráulicas e elétricas.

O fato gerador da responsabilidade do construtor é agora o *vício* do produto ou do serviço, em conformidade com os artigos 18 e 20 do CDC. *Vício* é um defeito menos grave que, embora não comprometa a segurança da obra, afeta a sua utilidade e reduz o seu valor. A responsabilidade pelo vício do produto ou serviço decorre da falta de *conformidade* ou qualidade da coisa ou serviço com a sua perspectiva de durabilidade e utilidade. Enquanto na responsabilidade pelo *defeito* da obra, por sua gravidade, visa-se proteger a integralidade pessoal do consumidor e dos seus bens, na responsabilidade pelo vício protege-se a equivalência entre a prestação e a contraprestação.

Diferentemente do Código Civil, o CDC não estabeleceu prazos fixos dentro dos quais os vícios de construção devem se apresentar. Determina que a durabilidade, a qualidade e a utilidade do produto ou serviço devem corresponder às expectativas do consumidor criadas pelo fornecedor; devem

corresponder ao *prazo normal e razoável de durabilidade* do produto ou serviço. Se o defeito se manifestar dentro desse período, e não sendo decorrente do seu mau uso ou desgaste normal do tempo, o fornecedor deve por ele responder. Em suma, a regra é que o produto ou serviço deve guardar compatibilidade com a sua expectativa de durabilidade. Assim, por exemplo, a expectativa de durabilidade de um veículo importado não é de apenas um ano como costuma ser a garantia conferida pelas concessionárias, mas pelo menos de cinco anos, tempo normal de durabilidade de um veículo. Se dentro desse período o veículo apresentar algum defeito, que não decorra do seu mau uso, o fornecedor será obrigado a repará-lo, ainda que já vencido o prazo de garantia por ele dado (CDC arts. 24 e 50).

Ora, se a expectativa de durabilidade de um veículo é por volta de cinco anos, a de um prédio há de ser muito superior. Parece-me, assim, que a responsabilidade do construtor não mais se limita aos vícios que a obra apresentar nos cinco primeiros anos de existência, estendendo-se agora, à luz do CDC, por todo o período de *razoável durabilidade* do prédio. Acrescente-se que também aqui a responsabilidade do construtor é objetiva por ser irrelevante que ele tenha ou não conhecimento desse vício. Nesse sentido o texto expresso do artigo 23 do CDC: “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”.

Quanto à inconveniência da exigüidade dos prazos para se reclamar desses vícios - prazos de decadência previstos no artigo 26 do CDC (90 dias a contar do momento em que ficar evidenciado o defeito, § 3º) - foi ela atenuada pela suspensão desse prazo (decadencial) durante o tempo em que o construtor, uma vez notificado, omitir-se em dar uma solução para o caso. Lembre-se que também aqui nada impede o consumidor de optar pelo prazo prescricional do Código Civil sempre que este lhe for mais favorável (CDC artigo 7º), respeitados os requisitos do artigo 1.245 do Código Civil.

6. Onde não se aplica o CDC - Tratamos até agora da aplicação do CDC nas várias áreas da atividade do incorporador/construtor. Lamento dizer agora que há uma área onde o CDC não penetra, e não penetra porque ela está acima de qualquer lei. Refiro-me àquela área privilegiada do mercado de consumo que nasce e se desenvolve à *sombra do poder*, envolvendo empreiteiras, construtoras, bancos etc. Manipulam balanços durante anos

para esconder um rombo de bilhões de dólares, mas ninguém vê; ou finge-se que não vê; devem milhões à Previdência Social mas não são molestados porque votam a favor da sua reforma para tirar alguns reais do bolso do aposentado; não pagam imposto de renda e não são cobrados porque fazem favor aos donos do poder; devem quantias astronômicas aos bancos oficiais penduradas em garantias fajutas e quando vencem não pagam, pois conseguem rolar toda a dívida com facilidade e até obtendo mais algum porque têm amigos influentes. Desta forma, à sombra do poder, crescem e se tornam polvos gigantes. Só sobem à tona para mostrar os seus tentáculos monstruosos, que trituram a economia popular, tornam em pó sonhos legítimos e sacrificam vidas preciosas. É simplesmente alarmante a capacidade que adquirem para impor desgraças aos cidadãos honestos.

Isso evidencia que a legislação em defesa do consumidor ainda não está concluída. É preciso engendrar mecanismos que impeçam que empresas podres, fraudulentas e exploradoras da boa fé coletiva continuem funcionando normalmente até que venham a dar o golpe final. Quando o caso se torna público, haverá pouco ou quase nada para se fazer. Em face da falência do incorporador, o consumidor tem apenas um crédito com privilégio geral (arts. 43, III, da Lei 4.591/64), absolutamente inócuo diante dos privilégios dos impostos e tributos que não foram cobrados no devido momento.

É preciso que se dê aos órgãos administrativos de defesa do consumidor poder de fato de fiscalização e controle, bem como condições materiais para exercer esse poder, auxiliado pelo Ministério Público. Se assim não se fizer estaremos todos tentando secar o mar jogando baldinhos de água na praia.

7. Conclusões - Tudo o que até aqui foi exposto pode ser sintetizado nas seguintes conclusões:

1) O contrato de incorporação, embora regido pelos princípios e normas que lhe são próprios (Lei nº 4.591/64), fica também subordinado à disciplina do Código do Consumidor sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao uso próprio do adquirente ou de sua família.

2) A responsabilidade do incorporador pela ruína do prédio tem por fato gerador o defeito da obra, que é presumido à luz do art. 12, § 3º, II do CDC.

3) O prazo de *garantia pela segurança* da obra não é mais de apenas cinco anos, como previsto no art. 1.245 do Código Civil, mas sim por todo

o *período de durabilidade razoável* da obra, que deve ser de pelo menos vinte anos. Nesse período, ocorrendo o acidente, o incorporador/construtor só afastará o seu dever de indenizar se provar que a obra não tinha defeito, ou seja, que o acidente decorreu do desgaste natural do tempo por falta de conservação do prédio.

4) A responsabilidade do incorporador/construtor pela *falta de qualidade* da obra tem por fato gerador os *vícios* de construção, que são defeitos menos graves que, embora não comprometam a segurança do prédio, afetam a sua utilidade e reduz o seu valor.

5) O prazo de *garantia pela qualidade* da obra não mais se limita aos vícios que ela apresentar nos cinco primeiros anos de existência, estendendo-se agora, à luz do CDC, por todo o *período de durabilidade razoável* do prédio, de pelo menos vinte anos. ♦